

قضاء التحكيم وفلسفة الارتباط

بين اليقين الظاهري والمصلحة الواقعية دراسة في إطار العلاقات الخاصة الدولية

ا.م.د صالح مهدي كحيط

معهد العلمين للدراسات العليا

drsali2084@gmail.com

تاريخ استلام البحث 2023/12/5 تاريخ ارجاع البحث 2023/12/18 تاريخ قبول البحث 2024/1/15

يعد قضاء التحكيم واحد من أهم المحاولات على المستوى الدولي لإيجاد خيارات جديدة للمضي في إصلاح حالة الجمود في قواعد الإسناد، فالمعطيات التي يستند إليها المحكم تختلف عن تلك التي تستند إليها المحكمة على وفق الفهم التقليدي للقضاء، من حيث المنشأ الإرادي للتحكيم، وسهولة الإجراءات وغيرها من الامتيازات التي يتمتع بها قضاء التحكيم، وأهم الأهداف الواقعية التي يُعنى التحكيم بتحقيقها، هي ربط النصوص القانونية للقانون الواجب التطبيق بالفلسفة العملية لاعتماد هذا الحل من دون غيره، فهناك مصلحة ظاهرية أعظم ما يمكن أن تحققه هو العدالة بمعناها الشكلي المتمثل بضمان الارتباط الظاهري بين الواقعة والنص، من دون الاهتمام بالنتيجة التي تترتب على اعتماد هذه الأحكام، هل تحقق أهداف قاعدة الإسناد أم لا، ما دفع الكثير من التشريعات لإيجاد مساحة للتحكيم كي يراعي الأهداف التي أنشئت قاعدة الإسناد لتحقيقها، وبالخصوص ارادة الأطراف المتمثلة باليقين القانوني، لذا كان لزاما على الباحث في هذا الميدان بيان كيفية الدور الذي يؤديه المحكم في إيجاد هذا الارتباط بين المصالح الظاهرية التي يقصد المشرع تحقيقها عن طريق القانون المسند إليه، بالاعتماد على الفكرة المسندة بشكل مجرد عن النتيجة التي تتوصل إليها المحكمة من جهة، ومن جهة أخرى رصد المصالح الواقعية الكاشفة عن أهداف قواعد الإسناد، وهذا ما تم التصدي لبيانه في هذا البحث على وفق مبحثين بيّنة المضامين في متن هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: قضاء التحكيم، فلسفة الارتباط، اليقين الظاهري، المصلحة الواقعية.

The tribunal courts is one of the most ways on the international level to find new choices to reform the rigidity case in the attribution rules. The circumstances that deepened on by the tribunal court differ from the traditional ones especially, the volunteering bases and the easily procedures and others tribunal advantages. And one of the most important actual aims that the tribunal court concerns to achieve it ,is the connecting of the legal provisions with practical philosophy to choose best solution .Attaining the artificial justice Which represented by the artificial connecting between the fact and the legal provisions , without interesting to the aim . this what promote the legislatures to find an area for tribunal courts to take care about the purposes of the legal rules, and the parties willing in legal certainty . so it was obligatory on the researcher to illustrate the role done by the tribunal court in foundation the connecting between the artificial interests and actual interests which express about he the conflicting rules aims .all this will be in the center of our concerning in this research ,through two chapters.

Keywords: arbitration court, philosophy of engagement, apparent certainty, realistic interest.

المقدمة أولاً: التعريف بموضوع البحث:

إن إرادة الأطراف مهما توخت الدقة والكمال في عملية اختيار القانون الواجب التطبيق، لا تستطيع هذه الإرادة أن تحيط بكل شيء وأن تضع مسبقاً الحلول اللازمة التي قد تنشأ خلال تنفيذ العقد فقد تعرض على التحكيم الدولي نزاعات هي خارج توقعات المحكم أو إرادة الأطراف، نتيجة تطور أحوال تنازع القوانين، وبالتالي فإن اهتمام المحكم ينصب على البحث عن الحلول من ضمن استحقاقات واقعية تملئها الحاجة للتنسيق بين النظم القانونية المختلفة، عن طريق خلق قاعدة قانونية جديدة إن اقتضى الحال، استجابة لوظيفة قاعدة الإسناد، فقد يكشف للمحكم قصور القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف أو الذي تمت الإشارة إليه من قبل قاعدة الإسناد، حول مسألة معينة ويبدل المحكم جهده لسد هذه الثغرة، فالتشريع بشكل عام يعاني من قصور في نصوصه، وعدم كفايته، وهنا يبرز دور الاجتهاد للمحكم لسد هذا الفراغ، إما عن طريق توضيح النصوص، أو إنشائها في حالة انعدامها، وقد يجد المحكم أمامه نصوصاً قانونية مرنة وغير جامدة، يستخدم فيها المشرع عبارات مطلقة وغير محددة، لذلك يجد المحكم مساحة واسعة للخلق أو تطوير هذه القواعد تكييفاً وتطويعاً للحالة موضوع النزاع، استجابة للتحويلات التي تشهدها موضوعات القانون الدولي الخاص، بوصفه حلقة التواصل بين الدول في إطار العلاقات الخاص، ويؤدي المحكم دوره في هذا الإطار عن طريق رصد الارتباط بين اليقين القانوني من جهة كهدف من أهداف القانون الدولي الخاص من جهة، والمصلحة الواقعية الخاصة والعمامة من جهة أخرى، وهذا ما تدور حوله محاور هذه الدراسة.

ثانياً: أهمية موضوع البحث:

تبرز أهمية الأثر الوظيفي لهيئة التحكيم في إدراك الارتباط بين اليقين القانوني والمصلحة الواقعية، من ناحيتين أحدهما الجنبية العملية لتلك الأهمية، والتي تتمثل بلجوء المحكم بموجب نص صريح من قبل المشرع أو وفق القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي، للوصول إلى الحكم العادل في القضية المعروضة أمامه، إذ إن وجود نقص في قواعد تنازع القوانين وأحياناً غموض هذه القواعد أو تعارض أحكامها، يشكل عقبة أمام تطبيقها وتنفيذها وتتفاوت هذه المشكلة من قانون لآخر، وهذا ما يجعل لقضاء التحكيم عظيم الأثر في بلوغ روح القانون، وبالتالي تحقيق الأهداف السامية للمشرع في تقنين الأحكام الخاصة بقانون الإرادة، بصرف النظر عن الخصوصيات التقليدية المتمثلة بالإقليمية والسيادة، والمصلحة وغيرها من التركيب الفلسفي للنص على وفق المنهج التقليدي، أما من الناحية النظرية فإنه يفتح أفقاً جديداً أمام الباحثين الآخرين لاستيعاب حجم الحاجة لدراسة التحول الذي يشهده العالم في الوقت الحاضر والخاص بالوسائل الاتفاقية في حسم المنازعات الخاصة ذات الأصل الدولي، أمام تمسك الدول بالمنهج التقليدي في حسم المنازعات والمتمثل بالقضاء التقليدي.

ثالثاً: إشكالية موضوع البحث:

يتفاوت أثر المحكم في التعامل مع قواعد تنازع القوانين وبالخصوص في إطار قانون الإرادة، فيجد المحكم في قواعد الإسناد استجابة محدودة لهذا التحول الحاصل في النظرة الوظيفية لقواعد قانون الإرادة، بالمقارنة مع القواعد الموضوعية، كما أن قابلية الاستجابة لهذا النظر الوظيفي يختلف بحسب نوع العلاقة القانونية، فيما إذا كانت تقليدية أم الكترونية، كما أن قواعد الإسناد التقليدية تتراجع في إطار العلاقات الإلكترونية، مقابل تزايد تطبيق القواعد الموضوعية، وهو عكس ما موجود في العلاقات التقليدية، إذ يزداد تطبيق قواعد الإسناد ويقل تطبيق القواعد الموضوعية، وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه في هذا البحث.

رابعاً: منهجية البحث:

لاستيعاب هذا النوع من الدراسات لا بدّ من الوقوف على المرتكزات التشريعية الخادمة لفرضيات البحث، وهذا يتحقق عن طريق اعتماد المقارنة النافعة بين النظم القانونية التي يمكن أن تُخدم الفكرة عن طريق استعراض الموقف التشريعي للتشريعات الأجنبية التي تؤيد وتخدم فكرة البحث، مع موقف للتشريعات العربية يمثلها المشرع المصري فضلاً عن ذلك النظام القانوني العراقي، و ذلك كله عن طريق التحليل من ضمن منهج تحليلي مقارنة.

خامساً: هيكلية البحث:

بناءً على حاجة البحث العلمي لهذا الموضوع سنقوم بتقسيمه الى مبحثين نبين عن طريقهما اختلاف قابلية استجابة قواعد تنازع القوانين للتطوير بحسب نوع تلك القواعد في المبحث الأول، واختلاف قابلية الاستجابة للتطوير بحسب نوع العلاقات القانونية في المبحث الثاني.

المبحث الأول

اختلاف قابلية الاستجابة للتطوير حسب نوع قواعد التنازع

نجد أن قواعد التنازع بأنواعها لم تعد كافية لتلبية حاجات الإنسان اليوم، وهي بحاجة إلى التحديث وإعادة النظر لكي تنسجم مع متطلبات العصر سيما بعد ازدياد أهميتها يوماً بعد يوم أثر ازدياد العلاقات القانونية الخاصة بين الأفراد من الدول المختلفة.

وإن هذا التطوير والتحديث يتضمن عدة وسائل تنحصر في إعادة النظر بهذه القواعد عن طريق تعديل البعض منها أو ايضاحها والأهم من كل ذلك إضافة العديد من الأفكار القانونية الضرورية إليها، لأن هذه القواعد بوضعها الحالي أصبحت عاجزة عن حل الكثير من المشاكل التي أفرزها الواقع العملي مما دفع قضاء التحكيم كأسلوب بديل عن القضاء إلى محاولة سدّ الفراغ التشريعي الواضح في هذا الميدان ولا نشك بأهمية

دور قضاء التحكيم كمصدر مهم لتعويض النقص التشريعي في القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، إلا أن هذا التطوير نجده يختلف بحسب نوع القواعد المعتمدة أمام التحكيم الدولي، فنجد أن دور التحكيم ينحصر في تطبيق ما تم اختياره من قبل الأطراف سواء كان الاختيار بشكل صريح أم ضمني ولا يقوى المحكم في هذه الحالة على تطوير هذه القواعد، وتارة أخرى نجد أن المحكم له سلطة واسعة بتطوير قواعد التنازع إذا ما تم إغفال الأطراف لاختيار قواعد التنازع، مما يقتضي بحث كل منهما عبر مطلبين سنتناول في المطلب الأول استجابة قواعد الإسناد وسنفردها في المبحث الثاني استجابة القواعد الموضوعية.

المطلب الأول

استجابة قواعد الإسناد

إن وظيفة الإسناد الأصلية هي تحقيق العدالة التي تتمثل في الحفاظ على الحقوق المكتسبة الناشئة في ظل قانون والمراد الاحتجاج بها في ظل قانون آخر وهو ما يحقق التناسق في الحلول واستقرار حقوق الأفراد الدولية ومن أجل ذلك أتاحت قواعد التنازع للأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذه الاختيار قد يكون مخالفاً للنظام العام أو فيه غش نحو القانون لتهرب من الضرائب أو غيرها، وبناءً على ذلك سنبحث الموضوع عن طريق فرعين سنين في الفرع الأول تطوير قواعد الإسناد في ظل وجود إرادة الأطراف في حين سنبحث في الفرع الثاني حرية المحكم في تطوير قواعد الإسناد في ظل غياب الإرادة وكما يأتي.

الفرع الأول

حرية المحكم بتطوير قواعد الإسناد في ظل قانون الإرادة

يتفق معظم فقه القانون الدولي الخاص على الدور الذي يؤديه مبدأ استقلال الإرادة في نطاق التحكيم بصورة عامة، و مجال الإجراءات المتبعة في تحكيم عقود الدولية بصورة خاصة، إذ يتمتع أطراف المنازعة في العقود الدولية بحرية كاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك في اتفاق التحكيم المبرم بينهم سواء في صورة شرط أم مشاركة، وسواء أكان هذا القانون هو القانون الداخلي لأحدى الدول أم قواعد منظمة تحكيم دولية أو قواعد مستمدة من اتفاقية دولية وغيرها، وتنبع هذه الحرية من طبيعة التحكيم ذاته باعتباره قضاءً اتفاقياً يقيمه طرفا النزاع باتفاقهما؛ لذلك يتمتع " مبدأ سلطان الإرادة " بمجال أوسع من حيث التطبيق أمام التحكيم الدولي فإذا كان هذا المبدأ يستند إلى قاعدة التنازع عند إختيار القانون أمام القضاء الداخلي، فإن فقه وقضاء التحكيم الدولي عدواً أن أساس القوة الملزمة لهذه المبدأ يجد أساسه من قاعدة قانونية تعطي الإرادة القدرة على وضع القواعد الموضوعية كشروط عقدية التي يلتزم الأطراف بأحكامها (1). هكذا اضحى " مبدأ سلطان الإرادة " كجزء من القانون التجاري الدولي، والملاحظ أن هذا المبدأ يعطي للإرادة الأطراف حرية تامة لاختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وقد لا يكون هناك صلة بين عقدهم والقانون

الذي تم إختياره أو عدم إخضاع عقدهم لقانون معين أو إخضاعه لما يسمى بقانون التجار الدولي (2). وتطبيقاً للمبادئ المقررة في معظم التشريعات عند تنظيمها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، إذ تقر هذه التشريعات الأولوية لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، طالما لا ينطوي على أي خروج على القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام في الدول المعنية، أو يكون هذا الاختيار مشوباً بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض تطبيقه على موضوع النزاع (3). يمكن الإشارة إلى قرار إحدى هيئات التحكيم الخاصة في دعوى السفينة San Carlo ضد أحد المكاتب لتجارة الحبوب في فرنسا الذي طعن به أمام محكمة النقض الفرنسية وأصدرت محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 أبريل عام 1964 (4). على " أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي على الدول والأشخاص المعنوية العامة بأن تكون طرفاً في إتفاق التحكيم لا يجد مجالاً للأعمال في التحكيم الدولي على أساس أن المنع المقرر في المادة (1004) والمادة (83) من قانون المرافعات المدنية لا يعد من قبيل النظام العام الدولي" (5).

وزيادة على الحالات التي تم ذكرها يمكن تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة أمام المحكم من دون قواعد الإسناد التي تم اختيارها من قبل الأطراف، كوجود النقص في القانون الذي تم إختياره من قبل الأطراف، أو في حال تعذر إثبات القانون الوطني من قبل الأطراف، هذا فضلاً عن التطبيق المشترك ما بين القانون الداخلي والقواعد الموضوعية الدولية، لكن ماذا لو تعارض القانون الداخلي المختار مع القواعد الموضوعية الدولية؟ كما يذهب البعض إلى تبني الحل القائم على تفضيل القوانين الوطنية التي تم إختيارها من قبل أطراف العلاقة العقدية لأنها تعد شروطاً عقدية، لذلك يمكنها أن تخالف القواعد الموضوعية الدولية ذات الطابع المكمل أو المفسر (6)، ومن الملاحظ أن هناك خلط نظري بين أصالة القواعد الموضوعية كمنهج مستقل يقوم بتقديم الحلول الملائمة للعلاقات الخاصة الدولية، والقواعد الموضوعية كأسلوب مباشر محدد المضمون يهدف إلى حل النزاع (7).

أما رأي التحكيم الدولي في حالة التعارض فيتفق مع الرأي الفقهي في هذا الشأن، وهو رجوع المحكمين إلى قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق عند سكوت إرادة الأطراف عند الاختيار، إلا أن هذا الرجوع يهدف إلى إستكمال النقص في القواعد الموضوعية عبر الدولية، وهذا الإسناد الاحتياطي لا يمس الأصل العام للتطبيق المباشر لهذه القواعد، حتى وإن تعارضت مع القانون الواجب التطبيق وإن كان مثل هذا الفرض نادر الوجود (8).

إن الغاء الإرادة يكون بناءً على قاعدة أن من يختار القاضي يختار قانونه إذ إن في حالة إختيار الأطراف اللجوء إلى قضاء التحكيم ينتجاً هذا الأخير إلى الأعمال المباشر للقواعد الموضوعية، إذ لا يملك المحكم قانون إختصاص على غرار قانون القاضي، ويعد قانون إختصاصه هو مجموعة القواعد الموضوعية،

والتي يقوم بإعمالها مباشرة، وعملاً بالمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، وإنّ منهنج القواعد الموضوعية يعد هو المنهج المتبع من جانب المحكم، وبذلك يكون هذا التطبيق الذاتي والمستقل للقواعد الموضوعية أمام قضاء التحكيم، هو تطبيق لتلك القاعدة " من يختار القاضي يختار قانونه"⁽⁹⁾.

ومن ذلك نستنتج أن الإرادة حرة في اختيار القانون الواجب التطبيق والمحكم يكون ملزماً بالقانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف إلا أن هذا القانون قد يتم اختياره وهو يخالف النظام العام الدولي أو الداخلي للقانون المختار أو فيه خش نحو القانون أو فيه نقص أو تعارض لذلك يعتمد المحكم في مثل هذه الحالة إلى تطوير هذه القواعد عن طريق التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية واستبعاد قواعد الإسناد الموجود في القانون المختار من قبل الأطراف وكأنما يوجب هناك تطويراً للقانون المختار من قبل الأطراف وإلغاء هذه الإرادة، فإن صعوبة أو عدم استجابة قواعد الإسناد للاستجابة تدفع المحكم إلى اللجوء ما هو بديل عنها بما يحقق وظيفتها نفسها وتكون أكثر انسجاماً مع توقعات الأطراف وملاءمة وتكون هذه القواعد من الموضوع نفسه قواعد الإسناد ومثال ذلك يمكن للمحكم أن يطبق قانون الوسط الاجتماعي في المسؤولية التقصيرية بحسب نشوء الواقعة المترتبة عليها أو تطبيق قانون الإرادة وبحسب ما يحقق مصلحة الأطراف ومصلحة المحكم وهو دور أقرب إلى التكامل عن دورة الاستبدالي.

الفرع الثاني

حرية المحكم في تطوير قواعد الإسناد في ظل غياب الإرادة

قد يصعب على الأطراف في بعض الأحيان الاتفاق على قانون معين نظراً لرغبة كل طرف في تطبيق قانونه الوطني، أو قانون من اختياره وحده إذ يجهل كل طرف بأحكام قانون الطرف الآخر وكلاهما يجهل أحكام قانون محايد، ومن ثم فلا يكون أمامهما من خيار سوى التزام الصمت وعدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا ما قد يحدث أيضاً في العلاقات التعاقدية في العقود الدولية أمام التحكيم الدولي عندما يعقد بين طرف ضعيف ينتمي إلى أحد الدول النامية وطرف قوي ينتمي إلى أحد الدول المتقدمة ولا سيما فيما إذا كان شركة من الشركات متعددة الجنسيات، إذ لا يثق الطرف الأول في سلامة نوايا الطرف الثاني، كما لا يثق الطرف الثاني من كفاءة قانون الطرف الأول، ولكن لما كان المحكم يختلف عن القاضي الوطني في كون الأخير معين من الدولة ويستمد سلطاته منها، ويمارس هذه السلطة مقيداً باتباع قوانينها التي هي بمثابة قانون اختصاصه بحيث إذا أراد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض أمامه فما عليه إلا تطبيق قواعد الإسناد الواردة في قانونه الدولي الخاص على وفق منهج تنازع القوانين ثم يستهدي بها في تحديد هذا القانون، فإن المحكم في العقود الدولية لا يستمد سلطاته ولا يمارسها من وباسم الدولة، بل من اتفاق الأطراف ومن ثم فإنه لا يتمتع بما يتمتع به القاضي الوطني من وجود قانون يطبقه أثناء نظر النزاع ضمن اختصاصه⁽¹⁰⁾.

وعليه فإن غياب قانون اختصاص للمحكم في العقود الدولية يمكن أن يحدد على أساس قواعد الإسناد الواردة فيه، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يثير التساؤل عن القانون الذي سيستلهم منه المحكم في حل المنازعات قواعد إسناده ليختار على هديها القانون المطبق على موضوع النزاع وكيف يمكن التطوير من اختيار هذه القواعد؟

وللإجابة على هذا التساؤل يلاحظ وجود طريقتين لذلك التحديد، تتمثل الأولى بتطبيق المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية لمنهج التنازع المقرر في القانون، أما الثانية فتكون عن طريق الاختيار الصريح والمباشر للقانون الواجب التطبيق (11).

وتقضي الطريقة الأولى اختيار المحكم لقانون وطني معين يستمد منه قواعد الإسناد الواردة فيه التي يستهدي بها في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع (12).

وقد أخذت بهذه الطريقة الاتفاقية الأوروبية للتحكيم لسنة 1961 في م(7) ف(1) منها التي تنص " في حالة عدم وجود أي بيان من الأطراف بخصوص القانون واجب التطبيق يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في القضية " (13).

وقد حرصت العديد من أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية على التأكيد على حرية المحكم في تحديد القانون المطبق ومنها حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 3130 في سنة 1980، ففي هذا الحكم أثبت المحكم عدم وجود اتفاق بين الأطراف بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقد وأكد أن من حقه تحديد هذا القانون وذلك عن طريق أعمال قاعدة تنازع القوانين الأكثر ملائمة وتطبيق القانون الذي تعينه هذه القاعدة 14، وكذلك بالنسبة للحكم الصادر في قضية ارامكو ضد المملكة العربية السعودية سنة 1958 إذ نصت الفقرة الرابعة منه على "نفصل المحكمة التحكيمية في النزاع أ- طبقاً للقانون السعودي بالنسبة للمسائل الداخلة في اختصاص السعودية، ب- وطبقاً للقانون الذي ترى المحكمة أنه واجب التطبيق بالنسبة للمسائل التي لا تدخل في اختصاص السعودية " (15). وكذلك بالنسبة للحكم الصادر في قضية تكساسكو ضد الحكومة الليبية سنة 1977، ففي هذا الحكم بدأ المحكم **Lagergren** بالتأكيد على أن هيئة التحكيم ليس لها قانون خاص يزودها بالنظام القانوني الذي يمكنها اللجوء إليه لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ومن ثم قرر المحكم أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فإن لهيأة التحكيم الحرية في اختيار قاعدة تنازع القوانين التي يبدو لها أنها واجبة التطبيق، وعليه قرر المحكم تطبيق قواعد تنازع القوانين في دولة الدنمارك بوصفها دولة مقر التحكيم (16).

أما الطريقة الثانية فتقضي باختيار المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية لقانون وطني معين يرتبط بموضوع النزاع لتطبيق قواعده الموضوعية مباشرة لحل النزاع من دون اللجوء إلى قواعد التنازع (17)، وقد منحت غالبية القوانين الوطنية المحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

من دون أن تلزمهم باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين، إذ نصت م(187) ف(1) من القانون الدولي الخاص السويسري على " تفصل هيئة التحكيم في النزاع، وفقاً لقواعد القانون التي ترتبط بالقضية بصلاوات أكثر وثاقفة، وذلك في حالة غياب القواعد القانونية المختارة بوساطة الأطراف " .

كما أخذ بالاتجاه نفسه قانون المرافعات الهولندي إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (1054) على أنه "في حالة عدم اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق تفصل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد القانون التي ترى أنها ملائمة في القضية " .

وكذلك قانون المرافعات الفرنسي النافذ إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (1496) على أن " يفصل المحكم في النزاع في حالة غياب القواعد المختارة من الأطراف وفقاً لقواعد القانون التي يقرر أنها ملائمة " ، وهي نصوص يلاحظ من خلالها إنها تعطي للمحكم سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرةً من دون أن يلزمه في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين، أما بالنسبة لقانون المرافعات العراقي فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (265) منه على "يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون " ، وهذا يعني أن القانون قد اشترط أن يطبق المحكمون القانون العراقي ولكنه أجاز الاتفاق على تطبيق قانون آخر في حالة الاتفاق على ذلك .

وبالاتجاه نفسه أخذ المشرع المصري إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (39) من قانون التحكيم المصري النافذ على أن "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع " ، ومن أحكام التحكيم التي اتبعت هذا المسلك الحكم الصادر في القضية رقم 3880 سنة 1983 إذ قررت هيئة التحكيم والتي اتخذت من مدينة **balle** بسويسرا مقرًا لها بتطبيق القانون البلجيكي وأوضحت أنه ليس من الضروري البحث عن قواعد القانون واجبة الاتباع لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، بل يكفي إثبات أن كل عناصر العقد (مقر كل من البائع والمشتري ومكان تنفيذ العقد وكذلك مكان إبرامه) تقع في بلجيكا" (18).

يمكن القول في ضوء ما تقدم من معطيات تشريعية وقضائية بأفضلية الطريقة الثانية -وبحسب- وذلك نظرًا لتعقيد وصعوبة اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق لكون ذلك مقيداً بقانون اختصاص المحكم في حين أنه في عقود الاستثمارات الأجنبية لا يملك قانون اختصاص، ومن ثم ليس مفروضاً عليه أتباع هذا المنهج، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن من بين جملة الأسباب التي دفعت أطراف العلاقة الاستثمارية اللجوء إلى التحكيم هي الابتعاد عن المشاكل التي قد تنتج عن تنازع القوانين لتحديد القانون المطبق على النزاع، لذلك فإن التحديد المباشر لقواعد القانون يبعد عن أطراف عقد

الاستثمار الكثير من المشاكل، فإن اختيار القانون من قبل الأطراف يخالف النظام العام أو فيه غش نحو القانون أو يقلل العدالة يعامل ذلك القانون بحكم العدم وبالتالي يكون هناك دور مستحدث للمحكم تمكنه من استبدال أو تكملة القانون المختار من قبل الأطراف .

المطلب الثاني

استجابة القواعد الموضوعية

يتفاوت دور المحكم في تطوير هذه القواعد بحسب مصدرها، فإذا كانت ذات مصدر وطني فيوجد فيها المحكم صعوبة في الاستجابة لغياب توافرها العالمي في الحلول؛ فيستأثر كل مشروع وطني بوضعها بمعزل عن توجه باقي المشرعين، بحسب جملة من الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وبالنظر لاختلاف هذه الاعتبارات تختلف معها القواعد المنبثقة عنها والمحكم هنا عليه أن يوافق حلوله من خلال هذه القواعد مع توجه الدولة المطلوب منها التنفيذ تحقيقاً للعدالة فهو سيضطر إلى تطوير مسار تلك القواعد من المحيط الوطني الضيق إلى المحيط الدولي الواسع، فدور المحكم يتسع بالنظر إلى مستقبل ما يصدر عنه من احكام، ويتطلب ذلك جهداً تحكيمياً استثنائياً وسعة أفق وثقافة من قبل المحكم، وهذا الأمر إن لم ينجح فيه المحكم بقدر كاف سيؤثر على الأمان القانوني والاستقرار اللازمين لعقود التجارة الدولية، ويمكن تلافي ما تقدم في إطار القواعد الموضوعية عن طريق إحياء فكرة توحيد القواعد عبر الاتفاقيات دولية فالأخيرة خير وسيلة لتحسين أداء التشريعات الوطنية، ويمكن القول إن القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي ستتفوق على القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني وكذلك قواعد الإسناد⁽¹⁹⁾ نظراً لاستجابتها للتطوير، كما أن لها مضموناً عالمياً، فالمضمون الدولي يفضي إلى توافق الحلول بين الدول لتكون حلولاً عالمية وخاصة بين دولة الإصدار ودولة التنفيذ⁽²⁰⁾.

ولأجل الإحاطة بمضمون ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول قابلية القواعد الموضوعية الدولية ذات المصدر الوطني للتطوير، في حين سنخصص الفرع الثاني لبحث قابلية القواعد الموضوعية الدولية ذات المصدر الدولي للتطوير.

الفرع الأول

قابلية القواعد الموضوعية ذات الأصل الوطني للتطوير

وردت بعض القواعد الموضوعية في قوانين داخلية كما هو الحال في قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل إذ شرعت المادة (١٠ / أولاً) قاعدة موضوعية تنطبق على عقد الاستثمار بشكل مباشر وكذلك هو الحال ما ورد في قانون التجارة المصري الجديد في مجال نقل التكنولوجيا رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ إذ وضع قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على هذا العقد مثل المادة (٧٢) ، وهذا يعني أن

هناك تشريعات وطنية (داخلية) قد وضعت قواعد موضوعية تنطبق بشكل مباشر على العلاقة القانونية ذات الطرف الأجنبي في ميدان التجارة الدولية وتحدد القانون واجب التطبيق عليها. مما يثار ذلك التساؤل حول أي القواعد الموضوعية المقصود بما هل القواعد الموضوعية الواردة في قوانين أطراف النزاع أم القواعد الموضوعية التي تشير لها قاعدة الإسناد؟

لا شك أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والأطراف عند تنظيمهم العقد قد يختاروا قانونا ما يكون مختصا بالفصل في النزاع، فالوضع لا يثير اشكالا اذا كان موضوع النزاع منظم بقواعد موضوعية كالاستثمار مثلا او عقود نقل التكنولوجيا اذ يجب على المحكم احترام الإرادة وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار مباشرة دون المرور بقاعدة الإسناد بشرط أن لا يكون القانون يعارض مبادئ وعادات التجارة الدولية إذ أن الاتفاقيات الدولية يلتزم المحكم بشروط العقد وعادات التجارة الدولية عند النظر في النزاع، وذلك بصرف النظر عما إذا كان الأطراف قد اختاروا قانوناً وطنياً لحكم النزاع أم لا (21)، وهذا ما يشير بوضوح إلى أن تطبيق هذه القواعد الموضوعية إنما يتم على نحو مباشر دون توقف على إرادة الأطراف أو على قاعدة التنازع وعليه فإن دور المحكم في تطوير القاعدة الموضوعية متردد بين مؤامة القواعد الموضوعية للمبادئ والعادات المنظمة للتجارة الدولية وبالتالي عليه تطبيقها، وبين فيما إذا كانت مخالفة إذ يبرز دور المحكم في استحداث قواعد موضوعية تحل النزاع او يلجأ الى قواعد موضوعية واردة في الاتفاقيات الدولية وأبرز مثال عملي على ذلك ما طبقه المحكم من مبادئ معهد روما لتفسير القانون الوطني المختار وهو القانون التركي، وذلك في نزاع بين بائع هولندي ومشتري تركي الجنسية إذ رفض المشتري دفع المبلغ المتفق عليه كتمن لمكائن إنتاج السكر بحجة وجود صعوبات مالية نتيجة الانخفاض المفاجئ في أسواق السكر، ومن ثم أعلن البائع الهولندي فسخ العقد وطالب بالتعويض، وقد طبقت محكمة التحكيم المادة 6-2-1 من مبادئ معهد روما لعقود التجارة الدولية التي تتطلب تغييراً جوهرياً في التوازن بين الالتزامات العقدية وليس مجرد زيادة في كلفة الأداء، لتحقق الطابع الاستثنائي للإعسار (22).

من المعلوم أن القواعد الموضوعية ذات الأصل الوطني لا تقتصر على ما وجد في القوانين الوطنية المقارنة، فالقضاء قد اوجد البعض منها، والتي تحكم العقود الدولية مباشرة، دون النظر الى ما يشير اليه القانون الواجب تطبيقه بمقتضى قاعدة الإسناد، حتى لو كان هذا القانون يأخذ بوجهة نظر مخالفة لذلك ويشترط لتطبيق هذه القواعد دولية الرابطة العقدية من جهة وتقع في نطاق العلاقات التجارية من جهة أخرى، ومن الجدير بالذكر أن القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي قد أوجدها القضاء الفرنسي منذ بدايات القرن العشرين.

وتتفق مع ما يذهب إليه البعض من الفقه (23) في أن دور المحكم في تطوير القواعد الموضوعية ذات الطابع الوطني يعد مجالاً خصباً وواسعاً ونافعاً لتحقيق أغراض القانون الدولي الخاص، وذلك لكون هذه القواعد

أنشئت بإرادة واحدة وغالباً ما توضع الدولة قواعدها لتحقيق مصالح وطنيها، مهما بذلت من الرقي في تشريع قواعد وطنيه يراعي فيها التطبيق الدولي، إلا أنها لا تنسجم دائما مع ارادات الدول الأخرى، من هنا يكون دور المحكم فيتدخل في تطوير هذه القواعد من خلال سحبها إلى الوسط الاجتماعي الدولي، وذلك أما بموائمتها عالمياً أو تكييفها لكي تكون على درجة عالية من الانسجام العالمي، ومثال ذلك تقيد المحكم بقواعد التجارة الدولية ذات المصدر العالمي فيعد ذلك تحجراً من المحكم من قيود قواعد القانون الوطني.

الفرع الثاني

قابلية القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي للتطوير

إن المصدر الدولي لهذه القواعد يتنوع بلحاظ مصدره، فتارة يتمثل بالاتفاقيات (24) فتمد القواعد الموضوعية المحكم بقانون متخصص، والاتفاقيات الدولية تصنع التي توحيد للقواعد الموضوعية بين القوانين الداخلية للدول المتعاقدة وخاصة في إطار عقود التجارة الدولية وبعد مصادقة الدول على هذه الاتفاقيات تدوب هذه القواعد في وعاء القانون الوطني مع احتفاظها بأصلها وتكون هي أكثر استجابة لمتطلبات الحياة الدولية ومن الأمثلة على هذه الاتفاقيات اتفاقية جنيف 1930 في شأن الكيمبيالات والسندات الإذنية، واتفاقية جنيف لعام 1931 بشأن الصكوك (25). ولا يسمح هذا النوع من القواعد سواء باختبارها من قبل الأطراف أو من قبل المحكم الى تطوير القواعد الموضوعية سواء بالاستحداث أم بالتعديل إذ تعد المواضيع التي تنظمها هذه القواعد ثنائية الحلول فقاعدة الحل واحدة في القانون الوطني والاتفاقية الدولية فضلا عن تراجع دور التحكيم في هذا النوع القواعد المبنية عن الاتفاقيات والسبب الرئيس وراء ذلك لوجود انسجام علمي عليها بين الدول وهذا يعني إنها تجاوزت مرحلة التطوير إلى التطبيق الفوري والمباشر.

لذا يترجع دور المحكم في استحداث قواعد موضوعية ذات الأصل الدولي المختارة أو تعديلها ليكون ضيقا فيها، وذلك لكونها وليدة اتفاقات وارادات دوليه تحقق فيها الانسجام الدولي وعليه فإن اختيار هذه القاعدة سواء من خلال أطراف النزاع أو المحكم سينسحب على تنفيذ القاعدة، وبالتالي يتحقق التكامل على خلاف القواعد الموضوعية ذات الأصل الوطني التي يتحقق فيها الانسجام على نحو نسبي أو يتضاءل فيها ذلك الانسجام مما يتطلب من المحكم سحبها وتطويرها باتجاه تطعيمها بمعايير علمية أو تعديلها أو تكييفها. وتارة أخرى تجد هذه القواعد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية فيتخذ منها المحكم كمصدر للقواعد وهو ما أشارت قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لعام 1975 والمعدلة في عام 1988 إذ جاء في الفقرة (3) من المادة (13) ما يأتي: "للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحددها طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص" أما الفقرة (8) من المادة ذاتها فقد نصت على "يرعى المحكم في جميع الأحوال شروط العقد وعادات التجارة".

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد أورد نصًا في المادة (1/28) لكي يشير إلى حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ولا يقتصر على القانون الوطني لإحدى الدول وإنما يشمل أيضًا القواعد القانونية ذات الطبيعة أو العارية للدول أما في مجال الاتفاقيات العربية فهناك إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري المبرمة في 1987/4/14 والمعدلة في 1992/4/22 إذ تنص هذه الاتفاقية في المادة (1/21) منها على " تفصل الهيئة- هيئة التحكيم - وفقًا للتعقد بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة "

فالأعراف التجارية تسمح للمحكم أما الاستعانة بما لخلق قاعدة لحل النزاع إذا لم يوجد قاعدة وطنية ذات تطبيق دولي مباشر أو الاستعانة به في تعديل قاعدة موضوعية مختارة يتم تعديلها بصورة تتماشى مع ما تقضي به الأعراف التجارية فضلاً عن دور الأعراف بالتطبيق المباشر إذا تم اختياره من قبل الأطراف كقاعدة حل ويوجد هناك العديد من القواعد الموضوعية ذات الأصل العربي كقواعد الانكوترمز: وهي عبارة عن مجموعة من القواعد التي تصدر من غرفة التجارة الدولية لتقنين بعض أعراف وعادات التجارة الدولية التي تحكم جانباً من عقود البيع الدولية للبضائع وتعلق بالنقل والتوصيل والتأمين على البضائع وكذلك " القواعد والعادات الخاصة بتوحيد الاعتمادات المستندية" في فيينا، التي إعادة صياغتها عدة مرات آخرها في باريس عام 2007 وكذلك العقود النموذجية والشروط العامة وتعّد العقود النموذجية التي تولدت من تجارة القمح التي صدرت عن "جمعية لندن لتجارة الحبوب" وتأسست في عام 1977، وقد حظيت بالذيع والانتشار في معظم أنحاء العالم، وكذلك العقود النموذجية للاتحاد الدولي لمجلس المهندسين التي تعلقت عقوده بإنشاء المجمعات الصناعية وتسليم المفتاح باليد ومن الأمثلة على الشروط العامة تلك الشروط التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية، التي أنشأت المجلس الاقتصادي التابع للأمم المتحدة لعام 1974 ووضعت شروطاً عامة لبيع الآلات الصناعية، والشروط العامة لبيع الأخشاب، والشروط العامة التي وضعها مجلس التعاون الاقتصادي " شروط Comecon. (26).

كما يكون له دور في تطعيم عمله التحكيمي من خلال المبادئ العامة للقانون أحياناً فتكون تلك المبادئ مصدر آخر للقواعد وقد أشارت لذلك بعض من الإتفاقيات التجارة الدولية في إطار عقود التجارة الدولية، فعلى سبيل المثال ذهبت الى ذلك (إتفاقية لاهاي لعام 1964) البيع الدولي في المادة (17) التي نصت على ان " المسائل المتعلقة بالقضايا التي يحكمها هذا القانون ولم يتم حسمها صراحة، يتم حسمها وفقاً للمبادئ العامة التي يستند إليها هذا القانون وكذلك إتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، في المادة (2/7) التي نصت على ان " المسائل التي تتعلق بالموضوع التي تناولتها هذه الاتفاقية ولم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة ... " والحال ينسحب على مبادئ

اليونيدروا في المادة (1-6) منها التي نصت على ان " ... 2- المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق المبادئ ولا تحسمها صراحة، يمكن أن تنظم كلما كان ذلك ممكناً وفقاً للمبادئ العامة التي استلهمت منها" فلا يمكن للمحكم كما هو الامر بالنسبة للقاضي ان يمتنع عن حل النزاع بحجة عدم وجود نص بل رسمت له اتفاقية فيينا الرجوع الى المبادئ العامة لخلق قاعدة موضوعية تطبق على النزاع ويرجع المحكم ايضا الى المبادئ العامة لتعديل القواعد العامة المختارة إذا ما كانت تخالف ما استقر عليه التعامل الدولي ولم يوجد عرف دولي يلجئ اليه المحكم فيلجأ المحكم في تعديل القاعدة المختارة وفقاً لما تقضي به المبادئ العامة (27). وكذلك يظهر التطبيق المباشر للمبادئ العامة من حكم التحكيم في قضية " هضبة الاهرام، بين شركة SPP وجمهورية مصر العربية أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، إذ جاء قرار هيئة التحكيم في 20 آيار 1992 إلى رفض تطبيق القانون المصري على أساس أنه قانون داخلي ناقص بطبيعته، وعند وجود مثل هذا النقص على هيئة التحكيم فإنها تفصل بالنزاع وفق المادة (42) من إتفاقية واشنطن لعام 1965 لتسوية المنازعات الاستثمارية وفق المبادئ العامة للقانون.

وبالرغم مما تقدم فإن المحكم قد لا يلتزم بالتدرج الذي وضعته الاتفاقية عندما يجد تطبيق مبادئ العامة أو الأعراف مثلاً يحقق العدالة أكثر من الاتفاقيات ومما تجدر الإشارة اليه أيضاً ان المبادئ العامة قد تكون واردة في قانوني وطني تعامل معاملة القواعد الموضوعية ذات الأصل الوطني اما اذا كانت واردة في اتفاقيات دولية فأنها تعامل معاملة القواعد ذات الأصل الدولي وقد تكون هذه المبادئ ما سار عليه التعامل الدولي اي غير مسجلة ففي هذه الحالة يكون للمحكم الدور الكبير في استخدامها لحل النزاع المعروض امامه، ويتضح من مجمل ما سبق ذكره أن القواعد الموضوعية إما تكون ذات أصل وطني أو دولي أن القواعد ذات الأصل الوطني يكون دور المحكم متفاوت في تطويرها.

المبحث الثاني

اختلاف قابلية الاستجابة للتطوير حسب نوع العلاقات القانونية

أفرز التطور التقني والتكنولوجي علاقات تتصل بالفضاء الالكتروني أكثر من اتصالها بالواقع المادي فوصفت تلك العلاقات نسبة لذلك بالعلاقات غير التقليدية أو الالكترونية تمييزاً لها عن العلاقات التقليدية المادية، وهو ما استتبع بالمقابل وجود قواعد قانونية متخصصة بكل منهما لكي تكون مناسبة وملائمة لطبيعة كل منهما وصولاً لتحقيق العدالة، ولكن لا يعني اختصاص كل نوع من القواعد بنوع من العلاقات وجود قطعية بين كل منهما فقد تكون هناك قواعد قانونية تستوعب بأحكامها العامة العلاقات من الفئتين نظر لتداخل هذه العلاقات مع بعضها مما يتطلب تداخل القواعد الحاكم لها . وإذا كان بالإمكان تطبيق قواعد تقليدية على

علاقات الكترونية فالسؤال المثار الى اي مدى يمكن ان يكون ذلك، وهذا ما سوف يتم توضيحه من خلال مطلبين سنتناول في الأول بيان العلاقات التقليدية، أما في الثاني فسنعرضه لبحث للعلاقات الالكترونية.

المطلب الأول

العلاقات التقليدية

دور المحكم بطبيعة الحال سيكون أسهل وأيسر في هذا النمط من العلاقات يستلزم أعطى وذلك لوجود أصل قواعد متخصصة فيها منذ البداية فلا يتكلف المحكم عناء البحث عما يناسب العلاقات التقليدية لوجود ما هو متاح من قواعد لحكمها ولأجل ايضاح ما تقدم فيجب بحث الموضوع من خلال فرعين سنبحث في الفرع الأول معنى العلاقات التقليدية بينما سنخصص الفرع الثاني لبحث دور قضاء التحكيم في العلاقات التقليدية، ومدى استجابتها لتطوير مقارنة بالعلاقات الالكترونية.

الفرع الأول

معنى العلاقات التقليدية

العلاقات التقليدية يقصد بها هي العلاقات الكائنة على أرض الواقع التي يمتلك المشرع الوطني سلطة تشريعية لتنظيم أحكامها، أو هي الروابط المتعددة في أغراضها والمتنوعة في مضامينها التي يمكن رصدها في مرحلة تاريخية معينة بين الوحدات والعناصر التي يتشكل منها النظام الدولي، ويمكن أن تستدرك هذه القواعد حسب تنظيم المشرع لها.

أما عن المقصود بالعلاقات التي تربط بين الأطراف في التحكيم فيمكن القول إنه لكي ينشأ التحكيم لا بد له أن يصدر عن إرادة الأطراف الذين اختاروا أن يتخذوا طريق التحكيم طريقاً لفض ما هو قائم فعلاً بينهم أو ما سيظهر بينهم من نزاعات في المستقبل بسبب العلاقة العقدية أو غيرها من العلاقات التي تربط بين الأطراف وما تحتاج له العلاقة بين أطراف التحكيم في شكلها التقليدي هو أن يتفق الأطراف على طرح النزاع على شخص معين أو اشخاص معينين لتسويته خارج المحكمة المختصة اي التحكيم التقليدي المتعارف عليه دولياً في حل منازعات التجارة الدولية ، فالمحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق في النزاع المطروح ، وهذا ما شارته اليه المادة 21 فقرة أولاً من اتفاقية عمان العربية للتحكيم 1987، فضلاً عن المادة 39 من قانون التحكيم المصري .

وهذا النوع من التحكيم يكون سريع وغير مكلف مادياً بالنسبة للأطراف إذ تكون العلاقة بين الأطراف عن طريق تبادل الوثائق والكتابة التقليدية والحضور المادي للأشخاص بمعنى التقاء الأطراف في مكان معين ، إلا أن هذا التحكيم يبقى بالنسبة لمعاملات التجارة الالكترونية بطيئاً ومكلفاً وذلك بسبب ضالة المبالغ المادية أو التفويض المطالب به في معظم الأحيان وما قد يؤدي ذلك البط والتكاليف من تقاعس الأفراد

والمستهلكين وحتى التجار عن المطالبة بحقوقهم فضلاً عما يطلبه من تبادل مادي للبيانات والطلبات والدفع من الأطراف والاستماع الوجيه للشهود وغير ذلك من الأمور (28).

وفي الغالب أنّ العلاقات التقليدية الدولية المتعلقة بالأشخاص تكون داخلية في جميع عناصرها (أطرافها، ومحلها، وسببها)، مما لا يثير الأمر أيّ إشكالية، لا نه سيطر القانون الوطني فيفصل في النزاع طبقاً لقواعد، إلا أنه وبسبب طبيعة العلاقات الدولية، واتساع التعامل التجاري والاقتصادي بين الدول من جهة، وبين الأشخاص مع بعضهم من جهة أخرى، وبين هذه الدول والأشخاص من جهة ثالثة، أدى الى وجود مصالح وحقوق مشتركة ناتجة عن التعامل خارج إقليم الدولة في مختلف المجالات، هذا التنوع والتناثر في المعاملات برر عدم وجود تشريع "كامل" لمعالجة وتنظيم هذه العلاقات، الأمر الذي دعا المشرع الى التنازل عن سلطته ليلقي بكلّ ثقله على القضاء التحكيم لمعالجة هذه العلاقات بوصفه الملجأ الاخير للمتخاصمين فعليه ان يحكم بالعدل بينهم، وبما يتلاءم مع طبيعة هذه الحقوق أيّاً كان مصدرها عقدية أو غير العقدية (المسؤولية التقصيرية)، عن طريق تقدير المحكم للعلاقة أو الرابطة القانونية المعروضة أمامه، ومن ثم اسنادها إلى قانون الدولة التي تمثل الأكثر صلاحية "وملاءمة" لحكمها لكفالة حقوق الأشخاص وإيفاء مقتضيات العدالة (29).

الفرع الثاني

دور قضاء التحكيم في العلاقات التقليدية

يعد التحكيم في العلاقات التقليدية (العادية) أحد الوسائل البديلة عن القضاء الوطني لتسوية المنازعات التجارية، وشاع اللجوء له في العقود الدولية بشكل خاص، إذ يندر أن نجد عقداً دولياً لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد (30)، ونقصد بالتحكيم هنا التحكيم الاختياري الذي يتفق فيه أطراف عقد تجاري على تسوية المنازعات التي ستنشأ أو نشأت بينهم بالنسبة لذلك العقد باللجوء إلى التحكيم، وفي هذا النوع من التحكيم يجتمع أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع ووكلائهم وجهاً لوجه في مجلس واحد ويترتب على الطرف الذي يطالب بالتحكيم أن يقدم بياناً مكتوباً مفصلاً يتضمن كافة الأمور بيانه الشخصية وكل ما يتعلق بالدعوى، كما هو الحال في مجلس القضاء (31).

ولعل التساؤل الذي يطرح نفسه هل نستطيع تحقيق الحماية للأطراف في ضوء التحكيم ضمن العلاقات (التقليدية) مقارنة بالتحكيم الإلكتروني؟ على الرغم من أن التحكيم الإلكتروني يفوق كثيراً سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه مقارنة باللجوء للتحكيم التقليدي العادي الذي يحتاج مدة أطول بكثير مما يطلبه هذا التحكيم، وسبب ذلك هو الحضور المادي للأطراف وهيئة التحكيم وتبادل المرافعات والبيانات بين أطراف الدعوى (32)، إلا أنه من جهة ثانية لا يمكن انكار الدور التحكيم التقليدي إذ إن معظم القوانين التحكيم الوطنية تشترط كتابة اتفاق التحكيم (بصورته التقليدية) كما في التحكيم المصري، واتفاقية نيويورك الخاصة

بالاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها موقعاً وهذه الشروط تتوافر في التحكيم الذي تتم اجراءاته بطريقة تقليدي (مالم يحدث تعديل في النصوص القانونية نحو الاعتراف بالقيمة كجحيه المستندات والمراسلات المتبادلة بين الأطراف عبر شبكات الانترنت) (33) هذا بالإضافة الى توفير حماية سيما الطرف الضعيف قد يخشى في العقد من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني ، وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد والأوامر الحمائية المنصوص عليها في القانون الوطني له، خاصةً إذا كان هذا الطرف مستهلكاً مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم إمكانية تطبيقه وتنفيذه على أرض الواقع. وكذلك عند اختيار القانون الواجب التطبيق غير قانون المستهلك الوطني ليحكم النزاع (34)، فإن المحكم لن يطبق هذه القواعد الحمائية المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني لأنه لا يطبق إلا القانون المختار، وذلك لأنه ليس قاضياً فلا يلتزم بتطبيق القواعد الآمرة، حتى في الدولة التي يوجد فيها مقر محكمة التحكيم. لذا فقد عارض كثيرون اللجوء للتحكيم الإلكتروني (35)؛ لأن حماية الطرف الضعيف تكون دائماً من خلال القواعد الآمرة التي يضعها مشروعاً الدولة لحماية طائفة خاصة أو مصالح جماعية، وهذا ربما نجده في التحكيم التقليدي الذي يوفر ضمانه أكبر للطرف الضعيف، وتطبيقاً لذلك من خلال إعطاء الحق للمحكم في اختيار القانون الذي يراه الأصلح لتطبيقه على واقعة النزاع تطبيقاً للقانون الأصلح للمضروب)، بوصفه الطرف الضعيف ويكون بحاجة الى حماية ، وهو ما سار عليه الفقه والقضاء الألماني (36)، والقضاء الانكليزي من خلال أحكامه (37)، كما سارت عليه المادة (19/أ) من القانون البحري الخاص بتنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية رقم (6) لسنة 2015، كما اكدته احكام القضاء الفرنسي فقد سارت محكمة التمييز الفرنسية في قضية اللكسمبرغ لعام 1978 (التي عملت بالقانون الفرنسي على أساس أنه هو القانون الأصلح للعمال) وكذلك قرار صادر لمحكمة استئناف (انجا) تضمنت (عقد عمل ابرم في فرنسا بين فرنسيين لكي ينفذ في السعودية .. قضت المحكمة بإخضاع العقد للقانون الوطني لأنه يقرر قواعد حمائية للعمال)، والى الامر نفسه ذهبت محكمة باريس لعام 1990، عندما ألزمت القاضي بإخضاعه للقانون الفرنسي (عقد العمل المبرم في الولايات المتحدة الأمريكية بين مشروع أمريكي وهيأة خاصة طلب منها الانتقال إلى باريس لأسباب تتصل بالملاءمة لمصلحة العمال...) (38)، كما نصت الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية روما لعام 1980 في المادة 2/6 (39).

الا انه ذهب جانب اخر للقول المحكم لا يهتم إلا بكل النزاع بين الأطراف دون النظر إلى مصالح السياسة التشريعية العليا للدول، لكن عند مقارنة التحكيم الإلكتروني بالتقليدي نرى تفوق الثاني على الأول من خلال ابراز الطابع المستحدث للمحكم لا نه في الواقع نتيجة لتوسع العلاقات الالكترونية تكمن عدم قدرة القانون الوطني على مسايرة التكنولوجيا ومن ثم يجد المحكم منطقة فراغ تشريعي شاسعة في مجال العلاقات الالكترونية ومن هنا يبرز الطابع المرن للمحكم في تطبيق القوانين الوضعية المعاصرة للتجارة الالكترونية والقوانين النموذجية

المقترحة من قبل المجتمع الدولي وهنا سيحتاج في بعض الاحيان الى تطوير وتكييف القواعد التقليدية لتلائم مع العلاقات الالكترونية .

المطلب الثاني

العلاقات الالكترونية

على خلاف التحكيم التقليدي فإن التحكيم الالكتروني سواء بمناسبة علاقة تقليدية أم الكترونية فهو تحكيم تستخدم فيه التكنولوجيا الحديثة كالإنترنت وغيرها من وسائل الاتصال المتطورة للجمع بين أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع ممن لهم علاقة بالعملية التحكيمية دون أن يكون موجودين في مكان واحد. هذا النوع من التحكيم مستخدم في العديد من مراكز التحكيم في أمريكا والدول الأوروبية، وأشهر القضايا التحكيمية التي تمارس بهذه الصورة تلك المتعلقة بفض المنازعات الناشئة عن العناوين والاسماء الالكترونية التابعة لمركز الوساطة والتحكيم التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية.

إن استخدام الأفراد في علاقاتهم عبر الحدود للتكنولوجيا افرزت جيل من المشاكل المستحدثة تطلب جهود كبيرة لإيجاد حلول لها استثنائية خاصة تختلف عما تتطلبه العلاقات التقليدية مما دفع ذلك الافراد للاستعانة بحل النزاع بالتكنولوجيا لحل مشاكل من مفرزات التكنولوجيا فدفعهم ذلك الى اللجوء للتحكيم الالكتروني، وقد وجد المتعاملون في مجال التجارة الالكترونية ضالتهم فيه ، فهو لا يقف عند حد تسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود التجارة الالكترونية فقط بل يمكن اللجوء إليه لتسوية المنازعات التجارية العادية التي قد تنشأ عن عقود الاستهلاك أو التامين أو المعاملات المصرفية أو حقوق الملكية الفكرية، وذلك لما يحقق التحكيم الالكتروني من مزايا تتشابه مع التجارة الالكترونية من توفير النفقات والانجاز السريع للتسوية وتوفير الوقت الذي له بالغ التأثير في المعاملات التجارية.

وعليه سنتناول في هذا المطلب بيان مفهوم التحكيم الالكتروني، فضلاً عن بيان قابلية استجابته هذه القواعد للتطور، لذا سنعمد إلى توزيع هذا المطلب على فرعين وكما يأتي.

الفرع الأول

مفهوم التحكيم الالكتروني

يعرف التحكيم الالكتروني بأنه (ظرف زمان ومكان تجتمع فيه هيئة التحكيم مع أطراف الدعوى وممثلهم لفحص موضوع النزاع واستجلاء مختلف جوانبه بسماع أقوالهم ومرافعاتهم الشفوية حول ادعاءاتهم وذلك في المكان والزمان المحددان من الأطراف أو من هيئة التحكيم) (40) ، وقد أشارت إلى هذا المعنى ضمناً المادة (1/33) من قانون التحكيم المصري رقم

(27) لسنة 1994 ، التي نصت على أن (تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة شفوية لتمكين كل من الطرفين شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلتها ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات ، والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك)

كما عرف التحكيم الإلكتروني على أنه (التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية أو بصرية دون الحاجة إلى الحضور المادي لأطراف النزاع والمحكمين)⁽⁴¹⁾ .

وقد جاء في الغرض لإصدار اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 إلى السعي لإزالة المشاكل الناجمة عن التشكيك في القيمة القانونية لاستخدام الخطابات الإلكترونية في سياق العقود الدولية تشكل عقبة أمام التجارة الدولية لذا تم اعتماد قواعد موحدة لإزالة تلك العقبات، كما كانت للاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني الذي تأسس في عام 2007 دور في هذا المجال.

وفي الحقيقة فإن التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الآلية التي تتم بها إجراءات التحكيم، ونعني هنا بشكل خاص شبكة الانترنت. ولهذا يتمتع التحكيم الإلكتروني بميزة أساسية هي عدم اضطراب الأطراف إلى الانتقال من بلد لآخر من أجل حضور جلسات التحكيم وتبادل الوثائق والمستندات وسماع الشهود، حيث يكون بالإمكان فعل كل ذلك بشكل إلكتروني عبر شبكة الانترنت التي تؤمن تبادل المراسلات والوثائق بطريقة فورية وآنية، الأمر الذي يكفل الاقتصاد الكبير في الوقت والمال⁽⁴²⁾

وقد يكون قضاء التحكيم رقمياً إذ ينتهج فيه أطراف المنازعات الدولية أسلوب التحكيم الآلي أو الرقمي الذي يتجسد بإدخال بيانات معينة مطلوبة لدى القضاء الرقمي ضمن معطيات معينة لتكون نتيجة التحكيم الآلية رقمية أيضاً، أي تكون النتيجة آنية ومعروفة لأن المعطيات محددة مقدماً، ولا يخفى أن هذا النوع من التحكيم الرقمي لا يعطي أي مجال للمحكم بأعمال سلطته ولا يفتح الباب أمام خللق دور في إطار التحكيم الدولي الإلكتروني، فقد يتوسع دور المحكم في إطار العلاقات الإلكترونية ويبلغ مبلغ أعلى إذا كان التحكيم الإلكتروني في منازعات ناشئة عن علاقات الكترونية، فالصفة التقنية ستتضاعف مما يضاعف ذلك على المحكم المشاكل، ويتطلب منه أن يواجه الصفة الإلكترونية التقنية في ميدانين الأول في العلاقات نفسها، والثاني في الآليات التحكيمية ، وهنا على المحكم أن يستخدم قواعد متخصصة في كل ميدان، وبسبب سرعة نمو وازدهار التقنيات الحديثة، واتساع استخدامها، أدى ذلك إلى وجود عجز في نوع وعدد القواعد المتابع للموضوع، وهو ما تطلب من المحكم الحاجة إلى قواعد جديدة مستحدثة، أو

تطوير ما هو قائم منه لاستيعاب ما هو جديد وهنا تحقق للمحكم دور أكثر من مستحدث، يسهم فيه بإجراء عملية الربط بين المصلحة الواقعية من جهة واليقين الظاهري لأطراف العلاقة محل الخصومة من جهة أخرى، وهذا ما يؤكد الدور المهم لقضاء التحكيم كبديل موضوعي عن القضاء التقليدي.

الفرع الثاني

مدك استجابة قواعد التحكيم الالكترونية الى التطور

إن التحكيم الالكتروني كما ذكرنا يتميز عن غيره باستخدام تقنية المعلومات، فقد نتج عن استخدام وسائل الاتصالات، التي تمثلت بشبكة الانترنت ووسائل الاتصال الحديثة في مجال المعاملات القانونية بشكل واسع وأيضاً التجارية إلى بزوغ نوع جديد من المعاملات الالكترونية في مجال التجارة الالكترونية خاصة . وظهور التحكيم الالكتروني كصورة جديدة مطورة عن التحكيم التقليدي وتلائم خصوصية تعاملات التعاقد والتجارة الالكترونية والمنازعات الناشئة عنها (43)

وقد تعددت الهيئات التي تمارس التحكيم الالكتروني وتكاد تكون حالياً معظم مراكز التحكيم الدولية تتيح المجال لحل نزاعات التجارة الالكترونية بأسلوب الكتروني، ومن أهم المراكز أو الهيئات التي تتعامل بالتحكيم الالكتروني غرفة التجارة الدولية وجمعية التحكيم الأمريكية ، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية . وقد عمدت جميع هذه المراكز التحكيمية إلى وضع أنظمة خاصة بالتحكيم الالكتروني تسمح بمباشرة التحكيم وإتمام جميع إجراءاته حتى صدور الحكم الفاصل للنزاع بوسائل الكترونية.

وفي الغالب تقضي نظم التحكيم الالكتروني بإنشاء موقع خاص بكل قضية تحكيمية تتم حمايته ومنع الدخول إليه إلا بكلمة سر ليتم بعد ذلك تبليغ الأطراف بعنوان هذا الموقع وآلية الدخول إليه. ومن أهم فوائد وجود موقع الكتروني خاص بالنزاع أنه يتم تحميل كافة الطلبات والدفع والمستندات عليه من قبل الأطراف أنفسهم بدلاً من إرسالها إلى سكرتارية المركز، وبشكل تصبح معه كل وثائق القضية متاحة للاطلاع عليها من قبل طرفي النزاع وهيئة التحكيم إضافة إلى السكرتارية (44). وفي هذا الصدد فقد نصت المادة (31) من قانون التحكيم المصري على انه (ترسل صور مما يقدمه أحد الطرفين الى هيئة التحكيم من مذكرات او مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر، وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدمه إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء او المستندات وغيرها من الادلة).

إلا أن هناك صعوبات كثيرة تعترض التحكم الإلكتروني هي في الواقع صعوبات تقنية وقانونية؛ إذ إن النظم الحالية لا تواكب التطورات التي تحصل في مجال التجارة الإلكترونية فبعض النظم القانونية لم تُشرع حتى الآن قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية، وبعضها الآخر يعاني من جمود القواعد القانونية فيما يتعلق بإجراءات التقاضي والتحكيم، وقد لا يعترف أصلاً بصحة إجراء التحكيم بوسائل الكترونية، الأمر الذي يطرح إشكالية حقيقية حول الاعتراف بحكم التحكيم الإلكتروني وقابليته للتنفيذ جبراً.

إذ يتوجب أن يتوفر للتحكيم الإلكتروني البيئة المناسبة لتضمن انتشارها واقتناع المتخصصين به، فمن جهة يقع على عاتق مراكز التحكيم المحدثة إقرار قواعد وإجراءات خاصة بالتحكيم الإلكتروني على غرار الأنظمة التي تعتمد عليها أشهر مراكز التحكيم الدولية، كما يتوجب عليها توفير شبكة حاسوبية على درجة عالية من الحماية تسمح بتشفير البيانات والمعلومات وتتيح استخدام التوقيعات الإلكترونية

أن القوانين والاتفاقيات الناضجة للتحكيم التقليدي غير كافية وحدها لمواجهة التحديات الناشئة عن توظيف التكنولوجيا في عملية التحكيم⁽⁴⁵⁾، فمثلاً عند النظر إلى المادة (33) من قانون التحكيم المصري آنفة الذكر يلاحظ استخدام عبارات (مرافعة ، جلسة ، حضور) وهذه عبارات لا تتناسب مع التحكيم الإلكتروني ، فالمشرع حينما صاغ هذه النصوص أراد بها التحكيم التقليدي على أساس الحضور المادي للأطراف ، ولذلك لا بد من تطوير هذه المصطلحات بفهم أكثر مرونة يفتح على العالم الافتراضي ، فالمرافعة والجلسة هي في النهاية فكرة قانونية قابلة للتطوير طالما أنها غير محددة بالوسيلة وطالما إن الأطراف ، اتفقوا على أن يكون التحكيم إلكترونياً، لذا لا بد من احترام هذا الاتفاق⁽⁴⁶⁾

وعليه فإن كل ما ذكر يحدو بنا إلى القول بأن قواعد التحكيم الإلكترونية أكثر استجابة للتطور، فهي بحاجة إلى تشريع قوانين جديدة منظمة للتحكيم الإلكتروني بما يتفق مع خصوصية هذا الجزء، وبالنظر لزيادة نسبة العلاقات الدولية الإلكترونية وبالتالي كثرة النزاعات القائمة بشأنها، ورغبة الأطراف في التخلص من الإجراءات التي يتطلبها اللجوء إلى القضاء، فنجد اتجاه أطراف العلاقات الدولية عموماً والإلكترونية منها على وجه الخصوص إلى اللجوء للتحكيم الإلكتروني كوسيلة أكثر مرونة بما توفره من مزايا لفض منازعاتهم.

الخاتمة أولاً: الاستنتاجات:

1. ترتفع نسبة اليقين القانوني وتحقيق العدالة في ظل التحكيم أكثر مما في ظل القضاء التقليدي، وفي ظل وجود القواعد الموضوعية أكثر مما في ظل قواعد الإسناد، كما ترتفع هذه النسبة في ظل وجود الإرادة سواء ارادة الأطراف ام المحكم أكثر مما في ظل غيابها.
2. يمتاز التحكيم بمزايا متعددة كحيادة المحكمين واستقلاليتهم، فهم لا يخضعون لهيئة او رقابة سلطة معينة، كما لا يوجد قانون متخصص بهم، الا انهم مقيدون في اصدار احكامهم، بالنظام العام بالإضافة الى ما يطرق من ظروف ومستجدات يمكن أن يتقيد بها المحكمون كاعتبارات العدالة واليقين القانوني إذ إن المحكم، سابقا يتقيد بإرادة الأفراد إلا أن الدور المستحدث تفوق على هذا القيد فأصبح المحكم مصحح ومدقق للإرادة وهو ما طور قواعد التنازع المعني بالعقود الدولية وكون قاعدة الأصلح للأطراف.
3. يبرز الدور المستحدث للمحكم في قواعد الموضوعية أكثر من قواعد الإسناد وإن كان له في الاخيرة دور متفاوت؛ إذ يكون دور المحكم محدود وضيق في تطوير قواعد الإسناد في مسائل الالتزامات غير العقدية، وتكاد تكون معدومة في مسائل الأموال أما في المسائل الأخرى، فإن المحكم لا يكون ملزماً بتطبيقها، بل تكون له سلطة تقديرية إن شاء طبقها وإن شاء رفض ذلك، على حسب ظروف الدعوى وطلبات الخصوم.
4. يظهر الدور المستحدث للمحكم في المزج بين القاعدة المختارة من قبله أو من قبل الأطراف مع مبدأ اليقين القانوني والعدالة إذ يضيف على القاعدة سواء أكانت اسنادية ام موضوعية طبيعة متحركة زمانيا متحررة من قيود المكان أي يجعل القواعد متحرر من قيود القوانين الوطنية، فالمحكم يستطيع ان يضبط تنفيذ القاعدة من الناحية الزمانية والمكانية في وقت نشوء العلاقة إلى حين نفاذها دون أن تؤثر فيها المتغيرات التشريعية اللاحقة.
5. يكمن الدور المستحدث للمحكم في امكانية اجتهاده في توصيف الفرض في النزاع المعروض امامه من خلال تقنية التكييف لأن الأخيرة تنصب على فكرة الإسناد أي عنصر الفرض وإن التكييف والتطوير في هذا الإطار ينسحب ضمنا على الحكم الذي سيصل إليه المحكم بالنتيجة، فالدور المستحدث يتركز بالدرجة الأساس على عنصر الفرض وبشكل غير مباشر يؤثر في عنصر الحكم.
6. دور التحكيم في الاستحداث يتجسد من خلال امرين: الأول في تطوير قاعده من قواعد الإسناد أو الموضوعية والتوصل إلى تطبيق قاعده جديده مركبة من قواعد وأعراف ومبادئ، أما الأمر الثاني يتجسد في خلق قاعده جديده غير متصلة بقاعدة تقليدية مع مراعاة امكانية التكامل مع الأرضية القانونية لتطبيقها في قانون دولة التنفيذ. وهذا يتطلب من المحكم أن يبذل جهدا في مسايرة الزمن بجعل القاعدة قابلة للتطوير او استبدالها بقاعدة أخرى. ويمكن أن نجد أن بعض القواعد القانونية المعنية بحل النزاع

- الدولي للقوانين سواء اكانت اسنادية ام موضوعية كانت من خلق وصناعة القضاء، وعلى غرار هذه الصناعة القضائية يمكن ان تكون لدينا قواعد من صناعة العملية التحكيمية.
7. لا يكون هنالك أي دور مستحدث للمحكم فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية للدعوى المعروضة أمامه وكل ما يتصل بالإقليم من أموال وأفعال، بالرغم من وجود في الإجراءات الموضوعية دور مستحدث بسيط للمحكم لأنه يحسب على النظام العام، وإنما يكمن دور المحكم المستحدث فقط في مرحلة التنفيذ أي تطبيق القانون الواجب على أطراف النزاع.
8. إنّ الدور المستحدث للتحكيم يدور وجوداً وهدماً مع وجود بيئة صالحة للتحكيم أي يتطلب وجود منظومة تشريعية تقرر التامين ومنظومة مؤسسي للتحكيم.
9. تفاوت الدور المستحدث بين القواعد المرنة والقواعد الجامدة وبين قواعد القانون الدولي والقانون الوطني وبين العلاقات الالكترونية والعلاقات التقليدية فالدور المستحدث سيجعل حضوراً اقوى في القواعد المرنة والقواعد الدولية والالكترونية وكل ما لا يخضع لسيطرة المشرع الوطني بشكل كامل وتام.

ثانياً- التوصيات:

1. على المشرع العراقي الإسراع بتشريع قانون التحكيم، استجابة لإنضمام العراق إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي، وخاصة اتفاقية نيويورك لعام 1958 وهذا التحول يحتاج استجابة تشريعية عاجلة للحاق بالركب الدولي بشأن التحكيم كمنظومة حل المنازعات ذات المصدر الاتفاقي.
2. نتمنى على المشرع العراقي تعديل التشريعات التي تتعارض مع مشروع قانون التحكيم بما يضمن نفاذه، وبالخصوص النصوص الخاصة بقانون المرافعات المدنية النافذ، علماً أن المشرع العراقي قد اعتمد فلسفة جديدة نتيجة التحول الثابت بمشروع قانون التحكيم الدولي.
3. تعديل النصوص ذات الصلة بالتحكيم في قانون الاستثمار لاسيما المادة (14) من التعديل الثاني رقم 50 لقانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 بإضافة عبارة مع مراعاة الاتفاقيات الدولية المعنية بهذا الشأن للمادة كي تستجيب للحاجة التي تم اثباتها في ثانياً هذه الدراسة.
4. تعديل قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم 78 لسنة 2012 بإضافة مادة تعنى بالتحكيم الالكتروني، كواحد من وسائل حل المنازعات التي تتسم بالسرعة ذات المصدر الاتفاقي.
5. منح المشرع العراقي سلطة تقديرية واسعة نسبياً للمحكم تختلف بعض الشيء عن سلطة قاضي النزاع، من اجل ادراك الارتباط والتقدير لليقين القانوني الظاهري من جهة والمصلحة الواقعية من جهة أخرى، وهذا لا يتحقق والمشرع يُخضع عمل المحكم بالمطلق لرقابة المحاكم العليا.

6. الاستفادة قدر الإمكان من السوابق التحكيمية التي اسقر عليها التحكيم الدولي، والتي تمثل نتاج الجهد الطويل للعاملين في إطار الوسائل الاتفاقية في حل المنازعات، وهذا ما عليه الاعتماد في العديد من الأنظمة القانونية المقارنة وغيرها، بما يضمن الأمان القانوني من جهة ويحقق المصلحة الواقعية من جهة أخرى.

المصادر والمراجع:

- (1) د. صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة الموصل، 2005، ص 110.
- (2) د. علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر الجامعي، 2001، ص 168.
- (3) د. أبو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، 1981، ص 130.
- (4) ينظر في تفصيل ذلك د. عصام الدين القصيبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993، ص 18، 19.
- (5) ينظر أيضًا حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية شركة البريد البحرية عندما إستبعده القضاء الداخلي تطبيق القانون الكندي بالدفع بالنظام العام والسبب أن الشرط يخالف القانون الفرنسي، فانتهى الفقه أن النظام العام الذي دفع به في هذا النزاع هو نظام عام دولي حقيقي يتعلق بالتعاملات النقدية الدولية، ويتبين من هذا القرار أن القضاء الداخلي لبعض الدول يعترف بوجود نظام عام دولي. د. عاطف الفقي، التحكيم في منازعات البحرية، دار النهضة العربية، 1996، ص 127.
- (6) إن أساس هذا التفضيل جاء بناءً على التمييز بين الأعراف والعادات الدولية، فالعرف هو قاعدة قانونية ملزمة واجبة الاتباع دون الحاجة لموافقة المتعاقدين على تطبيقها، أما العادات الاتفاقية فهي لا ترتقي إلى مستوى القاعدة القانونية ولو كانت ذات طابع تفسيري أو مكمل، ولهذا يمكن تطبيقها بعد الإفصاح عن رغبة المتعاقدين وتعد كشرط من شروط العقد، إلا أن الأمر في القانون التجارة الدولية لا يميز بين الأعراف والعادات الاتفاقية، ينظر في هذا المعنى: د. أحمد حسني سليم، تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2000، ص 32 وما بعدها.
- (7) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة بالطابعات الدولية، دار النهضة العربية، 1998، ص 353.
- (8) د. عاطف الفقي، التحكيم في منازعات البحرية، دار النهضة العربية، 1996، ص 127.
- (9) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 411.
- (10) ينظر د. هاني محمود حمزة، النظام الواجب الاعمال على العقود الدولية أمام المحكم الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 255.
- (11) د. فايز الحاج شاهين، القانون الواجب التطبيق على أتفاق التحكيم، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، 2003، ص 228.
- (12) د. أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص 154.
- (13) وكذلك اخذ بها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في م (28) ف (2) وكذلك م (13) ف (3) من قواعد التحكيم النافذ لدى غرفة التجارة الدولية 1998 والمنشور على الموقع الالكتروني <http://www.jus.uio.ro/icc.arbitration.rules>
- 14 أشار اليه د. ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون مكان نشر، 1997 ص 170.
- (15) جرت العادة في بعض القوانين والاتفاقيات اطلاق مصطلح المحكمة التحكيمية على الهيئة التحكيمية للدلالة على ان عدد المحكمين أكثر من شخص واحد.
- (16) اشار اليه د. عاطف محمد الفقي، مصدر سابق، ص 723.
- (17) للمزيد ينظر د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 123. د. أكثم الخولي، صياغة أتفاق التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 54.
- (18) كما نهج قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني في م (811) منه وقانون الأجراءات المدنية الجزائري في م (458) منه وقانون التحكيم التونسي في م (73) ف (2) منه النهج ذاته.

- (19) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق، ص 395.
- (20) هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001 ، ص10.
- (21) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي، 2014، ص206.
- (22) القرار رقم (8486) صادر من محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس عام 1984.
- 23 - أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص5.
- (24) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص83.
- (25) د. عصام الدين القصيبي، القانون الدولي الخاص ، بدون ناشر ، القاهرة، 2008، ص617.
- (26) ينظر بهذا الصدد د. محمود سمير الشراوي ، العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1992 ، ص 65 وما بعدها. د. منير عبد الحميد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعة، 2010. ص 39.
- (27) إنضم العراق إلى هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم (64) لسنة 2012 والمنشور في الوقائع العراقية في العدد 4283 في 2013/7/29؛ ونصت على ذات المعنى المادة (12/أ) من إتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية في الدول العربية لعام 2000 إذ نصت على أن " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفا النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه القواعد، فإنَّ المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة والطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين فضلاً عن مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع"، ينظر: إتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية في الدول العربية على الموقع الإلكتروني:
http://www.aidmo.org/aiic/docs/announcement_conflict.pdf
- (28) ينظر رضباني كريم، سايج جهاد، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، رسالة مقدمة الى جامعة اكلي محند اولحاج – كلية الحقوق والعلوم السياسية – 2016 – ص30.
- (29) - انظر ايت جبارة – اشكالية قاعدة احترام الدولي للحقوق المكتسبة في القانون الدولي العام والعلاقات الدولية – رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر-2002- ص9مع الهوامش.
- (30) انظر د. صلاح الدين جمال الدين ، فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة ، ط1، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2004، ص48.
- (31) انظر . عنايات عبد الحميد ، احكام المرافعات المقررة في القانون المصري فيما يتعلق بالمنازعات ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، 1996-1997، ص149.
- (32) انظر د. أميد صباح عثمان ، القانون الواجب التطبيق في المسؤولية التقصيرية ، مصر ، القاهرة ، 2011، ص132-135.
- (33) انظر د. أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان)، (الجنسية، الموطن، مركز الأجنب، تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع، ص59.
- (34) انظر د. محمد علي جواد العقود الدولية، ط1، جامعة بابل، العراق، دار الثقافة، 2010، ص 221.
- (35) انظر عامر علي صاحب، تنازع الاختصاص القانوني في عقود الاستثمار الاجنبي، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2011، ص57.
- (36) - انظر القرار – اشارة اليه د. اميد صباح عثمان ، القانون الواجب التطبيق في المسؤولية التقصيرية ، مصر ، القاهرة ، 2011 ، ص492 ، ولاحظ د. محمد بدران ، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الاداري ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص51 وما بعدها
- (37) - انظر القرار ، اشارة اليه د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، دار الثقافة، 1998 ص 341 .
- (38) . انظر القرار اشارة اليه د. بدران شكيب الرفاعي، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الاداري ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص341.

- (39) - /نظر نص المادة (2/6) من الاتفاقية المذكورة التي تنص على انه ((الزام القاضي بإخضاع عقد العمل لقانون الدولة تنفيذ العقد ... او يخضع لقانون الدولة توجد المؤسسة بها الا اذ تبين من مجمل الظروف ارتبط عقد العمل بروابط أكثر وثوقا مع دولة اخرى فيطبق قانون الدولة الأخرى)).
- (40) د. عبد المنعم زمزم ، قانون التحكيم الالكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011 ص 227.
- (41) د. عماد الدين محمد ، طبيعة وانماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت ، بحث منشور في المؤتمر السنوي السادس عشر ، كلية القانون ، جامعة الامارات ، 2009 ، ص 1049 .
- (42) رجاء نظام حافظ بني شمس ، الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، 2009 ، ص 15
- (43) د. عماد الدين محمد ، مصدر سابق ، ص 1050.
- (44) د. خيري عبد الفتاح السيد ، فض المنازعات بالتحكيم الالكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2012 ، ص 41.
- (45) د. مختار بري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص 7.
- (46) د. فارس علي عمر الجرجي ، سجي عمر شعبان ، جلسة التحكيم عن بعد واحترام المبادئ الاساسية للتحكيم ، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية ، ص 355.